

POR D. ANTONIO DE LA CVEVA Y GVZMAN,

como marido y conjunta persona de doña Ynes Berrio y Nicuesa, vezino de la Ciudad de Iaen.

CON

Doña Maria Madalena, vezina de la dicha Ciudad.

Impresso en Granada, en casa de Blas Martinez, mercader de Libros, en la calle de los Libreros. Año de 1634.



A PRETENSION DE don Antonio es, que se han de reuocar los autos en que se han mãdado dar a la parte de la dicha doña Maria Madalena prouisiones sobrecartas de su Magestad, cometidas a Recetor, para que se cumpla la executoria que ganò la susodicha contra los bienes de don Christoual de Berrio y Nicuesa, para q̃ dellos se le pagassen mil ducados, que pretendio auia tenido de daños, por auerla estrupado el dicho don Christoual.

Por la dicha executoria està condenado el dicho don Antonio, como marido de la dicha doña Ynes, heredera con beneficio de inuentario del dicho don Christoual su hermano, a que de los bienes del susodicho pague a doña Maria Madalena los dichos mil ducados, y auiendose requerido con ella a la justicia de la dicha ciudad, dõ Antonio pretendio que no se podia mandar cumplir y executar mientras no se acauauan las cuentas y particion que en virtud de carta executoria de esta Real Chancilleria se estan haziendo de los bienes y hazienda de don Christoual de Berrio Salaçar, y doña Iuana de Nicuesa su muger, padres de los dichos don Christoual y doña Ynes, porque por auerse entrado en todos el dicho dõ Christoual como hermano mayor, y estado gozandolos toda su vida, nunca se auia hecho diuision, ni particion, ni le auia dado a la dicha doña Ynes la parte y legitimas que le tocauan, y assi despues de su muerte se intentò el dicho juyzio de diuision por la dicha doña Ynes contra el defensor de los bienes del dicho don Christoual, y doña Luysa de Contreras su muger y legataria, por pretender que no ay bienes para pagarle sus legitimas, y que no quedaron algunos del dicho don Christoual, y consiguientemente no pudieron

ron subsistir los legados, y por carta executoria se mandò hazer la dicha particion, y se dio forma a ella, y oy se està haziendo por contadores nombrados por las dichas partes, con que don Antonio pretende, que no ay bienes algunos de don Christoual de Berrio y Nicuesa, y que cō los q̄ dexò al tiempo de su muerte, aun no aurà para pagarle las legitimas de su muger, y q por lo menos es precisso se acaben primero las dichas cuē tas y particion, pues por el final dellas ha de resultar si quedan bienes algunos del dicho don Christoual, de que se puedan pagar los dichos mil ducados.

El Alcalde mayor de la dicha ciudad, con vista de los autos y testimonios presentados, mandò se acabassen de hazer por los contadores las dichas cuentas, y que hechas, en los bienes que resultasse auer de don Christoual, se hiziesse la execucion por los dichos mil ducados.

Y sin auer apelado deste auto, ni traydo los hechos por la dicha justicia, doña Maria Madalena se querellò en esta Corte, y se le mandò dar prouision sobrecarta, para que la dicha justicia dē tro de diez dias cumpliesse la dicha executoria, y no lo haziendo, vn Recetor a su costa fuesse a cumplirla, y auiendo el dicho Alcalde mayor remitido la dicha prouision a la Sala, con traslado de los autos que auia proueydo, representando la dificultad que juzgaua auer en la execucion de la dicha axecutoria mientras no se acauauan las dichas cuentas, y pidiendo se le diesse forma de lo que auia de hazer, que estaua presto de obseruarla. La parte de la dicha doña Maria boluio a querellarse, y se le mandò dar otra prouision para que vn Recetor fuesse a cumplir la dicha executoria a costa de la dicha justicia, dentro de vn breue termino.

De estos autos tiene suplicado don Antonio, pre-

pretendiendo ſe reuoquen, y ſu pretenſion ſe juſtifica ex ſeqq.

Lo primero, porque por la dicha executoria no ſe condena a doña Ynes ſimplemente, y a que pague de ſus bienes, ſino expreſſamente ſe manda, que los dichos mil ducados ſe paguen de los bienes de don Chriſtoual de Berrio y Nicueſa, con que es preciſo que la execucion en ellos, y no en otros ſe aya de hazer, y que antes de hazer ſe conſte y ſe liquide ſi los ay, y quales ſon, vt ſingulariter tradit Ruin. *conſ.* 22. *num.* 9. *vol.* 1. Socin. iun. *conſ.* 67. *num.* 16. *& ſeqq, vol.* 1. Capitius. *deciſ.* 17. *num.* 9. optimè Petr. Surd. *conſ.* 186. *nu.* 22. *&* 23. *vol.* 2. Salgad. *de Regia protect. p.* 4. *c.* 13. *n.* 34. *& ſeqq.*

Porque antes de liquidarſe, y ſaberſe que bienes ay de don Chriſtoual, viene a ſer la ſentencia incierta, y es impoſsible ſin preceder la dicha liquidacion executarſe, que de otra ſuerte ſeria nulo todo, *l.* 1. *C. de ſententijs quæ ſine certa quantitate, l. minor* 25. *annis per fideicommiſſ. ff. de minorib.* gloſ. Bart. *num.* 8. Caſtrenſ. *n.* 9. & cæteri, *in l.* 1. *ff. de edendo*, Dom. Couarr. *lib.* 2. *variar. cap.* 11. *nu.* 1. Gratian. *diſcept.* 333. Salgad. 4. *part. cap.* 10. *per tot* Carol. de Graſ. *de except. except.* 36.

Y aſsi aunque eſta liquidacion ſea dificultoſa, y altiorem indaginem requirat, es preciſſo que preceda, pues de otra ſuerte no ſe puede hazer, ni tuuiera valor la execucion, vt in terminis defendit Carol. Ruin. *dict. conſ.* 22. *num.* 9. *volum.* 1. Socin. iun. Capitius, & Surd. ſupr. relati: porq̃ como es eſta excepcion que nace ex verbis ipſius ſententię, ſiempre ſe deue admitir, aunque ſea en la execucion de la ſentencia, porque ella miſma loquitur, & requirit dictam verificationem, ſeu liquidationem, ex Angel. Caſtrenſ. & & Immola, in *l. ſi fideiuſſores, §. idem reſpondit, ff. de fideiuſſorib.* Flor. de Men. *lib.* 1. *var. q.* 12. *nu.* 44.

 Mareſc.

Marescotus, *lib. 2. variar. cap. 121. á num. 133.* Salgado. *part. 4. cap. 7. num. 99. & seqq.*

Y de aqui es, que aunque el heredero no aya hecho inuentario, si el testador manda que se pague algo de sus bienes, nõ tenetur vltra vires hæreditarias, y es necessario que conste auer bienes del testador, para que dello se pague, vt inquit Alciatus *cons. 486. num. 18.* Nata, *cons. 136. n. 21.* & plures alios adducens Petrus Surdus, *decis. 30. n. 21. & 22.*

Lo segundo, porque aunque en la execucion desta sentencia no se pueden oponer las excepciones que la impugnan, secus las excepciones modificatiuas, que estas antes propiamẽte se hã de oponer en la execucion, porque como mirã solamente a modificar y restringir la condenacion y execucion della, entonces propiamẽte es su tiempo, vt probat textus in *l. Nepsenius, §. vltimo, ff. de re iudicata, l. si fideiussores, §. idem respondit, ff. de fideiussoribus, l. ex diuerso, § fin. ff. soluto matrimonio,* Bart. & cæteri, *in l. 1. C. de iuris, & facti ignorantia,* Gutierr. *de iuram. confirmat. 3. part. cap. 6. á num. 2.* Roland. *cons. 28. á num. 3. volum. 1.* Marescot. *lib. 2. variar. cap. 112. á nu. 18. & cap. 121. á num. 46.* late Salgad. *4. part. cap. 7. á num. 46.*

Y en este proposito es celebre el responso de Africano, in *l. cum fideicommissum 7. ff. de confessis;* donde auiendo sido vn heredero conuenido por cierto fideicomisso, y salido sentencia condenatoria en conformidad de su confession, se dio vn arbitro, ò executor para que executasse la sentencia, ibi: *Arbiter ad restituendum datur.* Y se dudò, si a caso hallaua que el fideicomisso no se deuia, si podria conocer y admitir esta excepcion, absoluiendo al reo cõdenado; y distingue el Cõsulto, que se a de mirar: *Quà ex causa non debeatur,* porque si se dize que no se deue, por no auerse dexado tal fideicomisso, no puede el executor co-

nocer

nocer desta excepcion por ser impugnatiua dela sentencia. Pero si se pretende q̃ no se deue: *Quia testator forte soluendo non erat*, se puede y deue admitir esta excepcion, y siendo necessario hazer cuẽtas aunque sean dificultosas se auràn de hazer primero, nombrando para ello contadores, como claramente lo decidio el Cõsulto In illis verbis: *Si uero forte, quia testator soluendo non erat, aut quod hæres, æs omne solutum esse apud Prætorem dixerat: & cum controuersia & computatio difficilior esset, arbiter datus fuerit, saluo officio eum absoluturum: has enim partes eius esse, vt si in computatione nihil inueniatur, possit absoluere.*

Y la excepcion del inuentario opuesta por dõ Antonio, y de que no dexò don Christoual bienes algunos, porque todos eran de la dicha doña Ynes, y aun muchos mas que auia consumido el dicho don Christoual, no se puede dudar que es modificatiua; y tal que se deue admitir en la execucion de de la sentencia, y la impida, vt tradunt Bartolus, *in l. Nensenius, § fin. n. 2. ff. de re indicata*, & communiter DD. *in l. ex diuerso, §. fin. ff. soluto matrimonio*, Iason, *in d. l. 1. nu. 17. C. de iuris & facti ignorantia*, & ibi etiam Padilla, *num.* 40. Boerius, *decis. 53. n. 3.* D. Gregor. *in l. 7. glos. 6. in fin. titul. 6. par. 6.* Petrus Surdus, *decis. 335. n. 2. par. 2.* Cancerius, *3. par. variar. cap. 2. n. 234.* Ioann. Garcia, *de expens. c. 6. n. 15.*

Sin que a lo dicho obste dezir, que eo ipso, que doña Ynes de Berrio hizo inuentario de los bienes de don Christoual, por su muerte fue visto cõfessar ser propios del susodicho, *ex l. fin. C. arbitriũ tutellæ*, cum ibi traditis, y que assi no se puede oponer aora por la susodicha, que no ay bienes del dicho don Christoual.

Porque aunque doña Ynes de Berrio acetò la herencia de don Christoual con beneficio de inuentario, y lo començò y quiso hazer, no pudo; por q̃

que (como consta del pleyto de cuentas; y de el de el oliuar de las reyertas) doña Luysa de Contreras muger del dicho don Christoual, q̃ se quedò por su muerte en possession de todos sus bienes; no la quiso dexar, lo hiziesse, sino la susodicha con autoridad de justicia lo hizo: y assi aunq̃ el dicho inuentario hecho por la dicha doña Luysa, bastò para escusar a doña Ynes del que deuia hazer, ex late adductis in terminis ab Aiora, *de partitionibus, 1. par. c. 2. num 21. & 22.* Ioan. Gutier. *de tutellis, par 2. cap. 1. num. 49. 50. & 51.* Tiberius Decian. *cons 85. n. 53. volum. 5.* Cancer. *3. par. c. 2. à num 109. cum seqq. & num. 119.* Mayormẽte auiẽdolo començado a hazer, y impedidole lo acabasse, con que no se le deue imputar culpa alguna, y se deue juzgar auer cumplido con su obligacion, como se declarò por sentencias de vista y reuista en el pleyto de cuentas; y en la misma carta executoria, que se trata de executar, condenandola como heredera, con beneficio de inuentario, cõ todo auiendose hecho el dicho inuẽtario por doña Luysa, no puede su hecho y confession causar perjuyzio a doña Ynes, *toto tit. C. res inter alios acta, l. Seia in princip. ff. ad Velleianum*; ni prouara el dicho inuentario, ser los bienes puestos en el de dõ Christoual, mas que en perjuyzio de doña Luysa que le hizo, Bart. *in l. tutor qui repertorium, ff. de administ. tut.* Dueñas, *reg. 187. n. 15.* Mascard. *conclus. 939. n. 9.* qui plures adducit Cancer. *dict. cap. 2. num. 7.*

Demas que la disposiciõ de la *l. fin. C. de arbitr. tutell.* es especial en fauor de los pupilos, que el inuentario hecho por su tutor, prueue aduersus eum, adeò que no se admita prouança en contrario, porque en el inuentario hecho por el heredero, aunque se està a el, dum non apparet contrarium; pero admitese qualquier genero de prouança en cõtrario, *l. fin. §. licentia, C. de iure deliber.*

cum

cum ibi traditis a Bart. & cæteris, Ioann. Gutier. *de tutell. 2 par. c. 1 n. 89.*

Y aunque la disposicion de la dicha *l. fin. C. de arbitr. tutel.* procede solamente en los bienes muebles, pero no en los rayzes, porque en estos ay menos ocasion de fraudes, vt ibi perpendunt Iacob. de Aret. Cin. Alber. & Bald. Albert. Brun. *cons.* 120. & Iacob. Berret. *cons.* 77. *n.* 4. Cancer. *d.* 3. *p. c.* 2. *n.* 11. *&* 12.

Y siempre, si liquido apparet, que huuo error en la confession del inuentario, y que los bienes del, o parte dellos, son propios del heredero, o tutor q̃ le hizo, se ha de estar a la verdad, vt post Cin. Alber. & alios defendunt D. Gregor. *in l.* 120. *gloss. fin. tit.* 18. *p.* 3. Morquech. *de diuision. bon. lib.* 1. *c.* 1. *n.* 44. Valasc. *consult.* 52. *nu.* 11. Iacob. Berret. *d. cons.* 77. *num.* 6. *&* 7. Cancer. *dict. cap.* 2. *num.* 13.

Y assi en conformidad desto, por la carta executoria ganada en el pleyto de cuentas, se mandaron hazer, y adjudicar a doña Ynes sus partes y legitimas de los bienes de sus padres, en que se auia entrado don Christoual, y dexadolos al tiẽpo de su muerte, sin embargo de que se huuiesse hecho inuentario dellos por bienes de el susodicho.

Et vt cumque sit, constando, como consta, por el dicho pleyto, y executoria de cuentas y particion del derecho cierto de doña Ynes, para que de los bienes que dexò don Christoual su hermano, que fueron de sus padres, se le paguen sus legitimas y partes que huuo de auer en ellos, y no auiendose confundido esse derecho y accion por la aceptacion de la herencia de su hermano, por auer sido con beneficio de inuentario, iuxta tex. in *l. fin. C. de iure deliberandi*, no puede tener duda de que es legitima su oposicion, y que ha de ser oyda como tercera ordinaria mente, ex *l.* 41. *tit.* 4

 lib. 3.

lib.3.rec. sin q̃ tẽga necessidad de q̃ su deuda sea liquida, y conste della luego, porq̃ basta sola la alegaciõ del tercero opositor para impedir la execuciõ de qualquier instrumẽto, aunq̃ sea liquido, cõforme a la dicha l.41. cuya disposiciõ es general, no solo en fauor de la muger por su dote, pero tambien de otras qualesquier personas, vt ex eius verbis apparet, ibi: *Se opusiere la muger por su dote, o otras personas.* Et firmiter tenet ibi Azeued. *n.* 1. optimè Auendañ. *de censib. cap.* 109. *à nu.* 3. Paz, *in prax.* 4. *p.* 1. *tom. cap.* 4. Rodrig. plures adducens, *de execut. c.* 8. *n.* 4.

Pero aunque no tenia doña Ynes necessidad de mas que su oposicion y alegacion de derecho, tan cierto como el suyo, executoriado en contraditorio juyzio con el defensor de los bienes de el dicho don Christoual, y doña Luysa de Contreras su legataria: con todo, para que cesse qualquier presuncion de calunia, y se conozca que no pretende dilatar las cuentas, y paga de los dichos mil ducados; pide se señale termino a los contadores, dentro del qual acaben las dichas cuentas y particion, y no lo haziendo, vn Recetor a su costa, o de la parte que huuiere dado causa a la dilacion de las cuentas, o de la justicia si estuuiere omissa, vaya a acabarlas, y que doña Maria Madalena se halle presente a ellas, porque vea no ay fraude alguno; y para que tenga toda seguridad, de que en caso que parezca auer bienes de don Christoual, se le paguen luego sin dilacion, ofrece don Antonio fianças bastantes, y depositar en el depositario general de la dicha ciudad censos, de los que inuentariò doña Luysa de Cõtreras por de don Christoual su marido, para que dellos pueda si quisiere hazerse pago, que es a lo mas que en qualquier acontecimiento pudiera estar obligado, pues constando, como consta, por el dicho inuentario y pleyto de cuentas que

por

por muerte de don Christoual de Berrio nō quedò dinero alguno, puede siempre doña Ynes pagar en bienes de la herencia, sin que le puedan obligar a que pague en dinero, D.D. in *dict. l. fin. §. & si præfatam, C. de iur. delib.* Morquech. *dict. lib. 1. cap. 1. num. 35.* Marcabrun *cons. 3. per tot.* Cancer. *d. 3. p. c. 2. n. 135.*

Y supuesto que no se sigue perjuyzio considerable a doña Maria Madalena dè vna poca de dilacion, *l. quoties, C. de precibus imper. offer.* y que està concedio el derecho aun a los legitimamente condenados, *l. debitoribus, 31. ff. de re iudic. l. 2. C. de vsur. rei iudic.* parece que la pretension de dō Antonio tiene fundamēto en justicia y equidad, porque no serà justo que antes de hazerse la dicha particion, se le obligue a que pague los dichos mil ducados, y que despues no pareciendo auer bienes de don Christoual, tenga necessidad de vn pleyto ordinario para repetirlos, y que aun no pueda conseguirlos, porque los aurà gastado y consumido doña Maria Madalena, a que no se deue dar lugar: provt speramus. Salva D.D.V.C.

Lic. Pedro Muriel de Berrocal.